



Barranquilla D.E.I.P., ocho (8) de enero de dos mil veintiuno (2021).-

| | |
|------------|--|
| RADICADO | 08001-31-05-011-2021-00020 (ACCIÓN DE TUTELA) |
| ACCIONANTE | ZOILA ROSA MÁRQUEZ CARDONA |
| ACCIONADOS | CLÍNICA DE LA POLICÍA – REGIONAL CARIBE |
| PROCESO | ACCIÓN DE TUTELA CON MEDIDA PROVISIONAL –A LA SALUD, VIDA DIGNA, IGUALDAD, MÍNIMO VITAL Y VIDA |

Procede el despacho a resolver la presente acción de tutela promovida por la señora ZOILA ROSA MÁRQUEZ CARDONA, en calidad de hija del señor JOSÉ RAFAEL MÁRQUEZ MARTÍNEZ, contra CLÍNICA DE LA POLICÍA – REGIONAL CARIBE, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales A LA SALUD, VIDA DIGNA, IGUALDAD, MÍNIMO VITAL Y VIDA.

ACTUACIÓN PROCESAL

La presente acción de tutela correspondió a este juzgado por reparto efectuado por la Oficina Judicial el día veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021) y admitida mediante auto de fecha veintiséis (26) del mismo mes, impartíendose el trámite legal señalado por los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992 y se corrió traslado a la accionada por el término de 48 horas, y así, pudiera rendir informe sobre los hechos planteados por la actora.

HECHOS QUE MOTIVAN LA ACCION

Manifiesta la señora ZOILA ROSA MÁRQUEZ CARDONA, en calidad de hija del señor JOSÉ RAFAEL MÁRQUEZ MARTÍNEZ, que su padre lleva 3 años en un estado de salud que cada día desmejora, sin tener control de su cuerpo y necesidades, por lo cual le toca hacerle toda la limpieza de su cuerpo constantemente, usando pañales, cremas y medicamentos para evitar el deterioro de su piel, sin contar con el dinero para sufragar esos gastos.

Por lo anterior solicita el suministro de 90 pañales e insumos y los demás considerados por el juez, así como la cesación de la violación de sus derechos fundamentales.

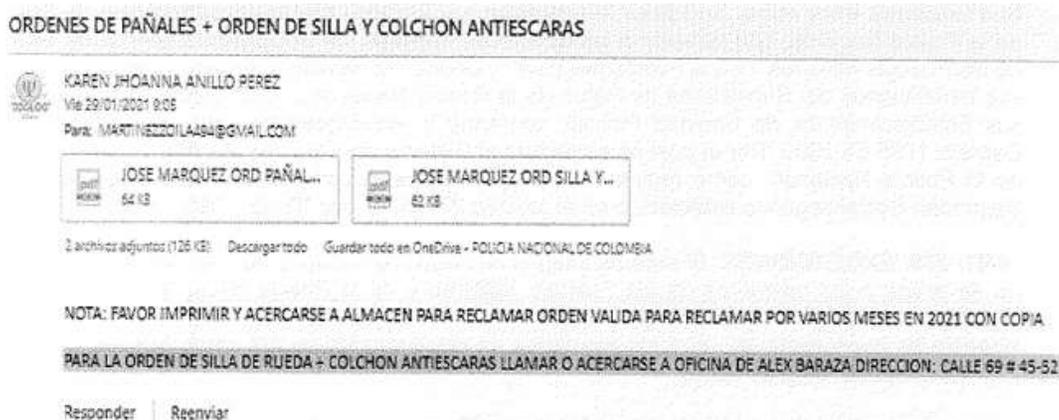
RESPUESTA DEL ACCIONADO – CLÍNICA DE LA POLICÍA – REGIONAL CARIBE

Dentro del término concedido la entidad accionada por medio del Teniente Coronel, Carlos Enrique Sánchez Flórez, descurre el traslado manifestando que la Dirección de Sanidad a través de la del Establecimiento de sanidad Policial Complementario Atlántico, ha brindado al señor José Rafael Márquez Martínez, todos los servicios médicos que actualmente ha requerido.

Que para el caso que nos ocupa solicitó mediante Oficio No. S-2021005218-Deata del 27/01/2021 por competencia a la señora Patrullera Karen Anillo, Líder del programa Medico Domiciliario para que de manera inmediata realizara un informe sobre la presente acción y si el señor José Rafael Márquez Martínez, de acuerdo a las patologías que padece requiere o no que se le autorice el suministro de pañales desechables.

Que de dicho informe se extrae que *“según lo manifestado por el doctor Ovet Navarro, médico del programa Medico Domiciliario se evidencia claramente que se han realizado todas las gestiones pertinentes de manera oportuna para brindarle un excelente servicio de salud al señor accionante*

garantizándole todos los medicamentos, tratamientos, procedimientos y atenciones que el accionante ha necesitado, en ese sentido es importante resaltar que el señor **José Rafael Márquez Martínez**, se encuentra incluido en el programa médico domiciliario, razón por lo cual el grupo de POMED realizó las visitas domiciliarias al señor en la cual de acuerdo a su estado de salud actual y las patologías que padece se determina ordenar el suministro de pañales desechables en cantidad de 2 por día, de lo cual fue notificada la señora **Zolila Rosa Marque Cardona**, mediante correo electrónico enviado a la dirección **martinezzoila494@gmail.com** el día 29/01/2021, al cual se le adjunta la autorización de entrega de pañales desechables, prueba de ello es la captura de pantalla del correo electrónico y de la orden que se anexa a continuación:



| | | |
|---|---|--|
|  POLICÍA NACIONAL | DIRECCIÓN DE SANIDAD INDICACIONES ESPIM CLINICA REGIONAL DEL CARIBE | Fecha de Impresión 2021/01/29 8:54:07 Página 1 de 2 |
| | Paciente : CC 3683374 JOSE RAFAEL MARQUEZ MARTINEZ No. Historia: 683374 PF 00 Tipo de Plan : EPS Plan : PLAN INTEGRAL DE ATENCION Tipo Vinculación : COTIZANTE Categoría : A Fecha de Evolución : 2021/01/29 8:43:45 Edad : 86 Años Sexo : Masculino Ubicación : Sin Asignación de Cama Ámbito : Ambulatorio | |
| RADICADO 08001-31-05-011-2021-00020 JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA de fecha 27 de enero 2021, cuyo accionante es la señora ZOILA ROSA MARQUEZ CARDONA PAÑALES DESECHABLES ADULTO M -----60 UNIDADES POR MES ORDEN VALIDA PARA ENTREGAS ENERO----FEBRERO----MARZO---ABRIL---MAYO---JUNIO---JULIO DEL 2021 | | |
| ORDENADO POR 1045709446 OVETESNEIDER NAVARRO GOMEZ | | Firma: |
| C:\NPS\Reportes\AtnRP008.rpt | | |

Teniendo en cuenta lo anterior, solicita negar la presente acción por tratarse de un hecho superado.

Así mismo, solicita que se ordene el recobro ante el FOSYGA, como quiera que para poder atender el requerimiento es necesario repetir contra este.

CONSIDERACIONES

El objetivo de la acción de tutela, conforme al artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, al Decreto 2591 de 1.991 y a la doctrina constitucional, es la protección efectiva y cierta del derecho constitucional fundamental, presuntamente vulnerado o amenazado por la acción u omisión de una

autoridad pública o de un particular en los casos expresamente señalados por la ley.

En virtud de lo anterior, la eficacia de la acción de tutela radica en el deber que tiene el juez, en caso de encontrar amenazado o vulnerado un derecho alegado, de impartir una orden de inmediato cumplimiento orientada a la defensa actual y cierta del derecho que se aduce, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí o por quien actué en nombre.

Por mandato constitucional, la acción de tutela es un mecanismo judicial de protección de los derechos fundamentales que procede a.) Cuando el afectado no dispone de otro instrumento para su restablecimiento, b.) En caso de que el previsto no resulte eficaz, en consideración a la situación particular que afronta el actor y c.) Siempre que la intervención transitoria del juez de amparo resulte necesaria, para evitar o al menos mitigar un perjuicio irremediable.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el competente, y en todo caso lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

El derecho a la salud alcanza un carácter particular en cuanto a que se le ha reconocido su carácter de fundamental y que por lo tanto puede ser protegido a través de la acción de amparo. A esta conclusión ha llegado en la Corte a partir de una interpretación de normas que integran el bloque de constitucionalidad y acudiendo a la opinión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) que fija las directrices que deben ser tenidas en cuenta por los Estados en materia de DESC y que ha definido la salud como un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los derechos humanos.

Ahora bien, el alcance del derecho fundamental a la salud impone a las entidades prestadoras de salud y al Estado, como titular de su administración, la necesidad de que la atención médica brindada a los usuarios tenga una cobertura tal, que la prevención, tratamiento, recuperación o atenuación, según el caso, de las patologías que les aquejen y sus correspondientes efectos, tenga asidero en la materialización de la prestación de dichos servicios y no sea una mera idealización normativa carente de fundamento práctico.

En ese orden de ideas, cuando el correspondiente profesional de la salud determina que un paciente demanda la prestación de servicios médicos, la realización de procedimientos o el suministro de medicamentos e insumos, sin importar que estén o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, la respectiva entidad prestadora está en el deber de proveérselos.

Al respecto, establece la Corte Constitucional en Sentencia T-224-20

De la jurisprudencia reiterada de esta Corporación sobre la materia, se deriva que una EPS vulnera el derecho a la salud de una persona afiliada a ella cuando se abstiene de suministrar los pañales desechables que la persona requiere dado que tiene incontinencia y que su médico tratante ha ordenado. Si bien la Corte ha reconocido que los pañales desechables no curan afección o enfermedad alguna de los usuarios del Sistema de Salud, existen casos, tales como los de las personas con incontinencia o con movilidad reducida, en los que se tornan imprescindibles para garantizar un mínimo de dignidad en sus condiciones de existencia.

Sin embargo, revisada la respuesta emitida por la entidad accionada observa el despacho que la orden para el suministro de los pañales desechables fue dada por el médico tratante del accionante, en cantidad de 60 mensuales y no de 90 mensuales como lo solicita la agente oficiosa del paciente, a lo que se ha referido la Corte Constitucional en Sentencia T-061-2019

Esta Corte ha determinado que si bien el juez de tutela no es competente para ordenar el reconocimiento de servicios y tratamientos, resulta viable que ante un indicio razonable de afectación a la salud, se ordene a la Empresa Promotora de Salud respectiva que disponga lo necesario para que sus profesionales adscritos, con el conocimiento de la situación del

paciente, emitan un diagnóstico en el que determinen si un medicamento, servicio o procedimiento es requerido con necesidad, a fin de que sea eventualmente provisto

Dado lo anterior, encuentra el despacho que la entidad accionada notificó, a la dirección de correo electrónico suministrada por la parte accionante, la orden emitida por el médico tratante, en el sentido de suministrar 60 pañales mensuales durante los meses de enero – julio de 2021, configurándose un **HECHO SUPERADO**.

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia T-086/2020 se ha pronunciado en los siguientes términos

La Corte ha interpretado la disposición precitada en el sentido de que el hecho superado, tiene lugar cuando desaparece la vulneración o amenaza al derecho fundamental invocado.

*Concretamente, la hipótesis del hecho superado se configura **“cuando entre la interposición de la acción de tutela y el fallo de la misma, se satisface por completo la pretensión contenida en la acción de tutela, es decir, que por razones ajenas a la intervención del juez constitucional, desaparece la causa que originó la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del peticionario”**.*

En tal sentido, esta corporación ha señalado los aspectos que deben verificarse a fin de examinar y establecer la configuración del hecho superado desde el punto de vista fáctico. Estos aspectos son los siguientes: “(i) que efectivamente se ha satisfecho por completo lo que se pretendía mediante la acción de tutela; (ii) y que la entidad demandada haya actuado (o cesado en su accionar) a motu proprio, es decir, voluntariamente”.

Así pues, al constatar dichos aspectos y encontrarse ante un hecho superado, la sentencia SU-522 de 2019 sistematizó la jurisprudencia respecto de los deberes que se desprenden para el juez de tutela en estos escenarios, indicando que “no es perentorio que el juez de tutela haga un pronunciamiento de fondo”. Sin embargo, agregó que si bien en estos casos la Corte no se encuentra obligada a emitir un pronunciamiento de fondo, puede pronunciarse sobre el caso para realizar observaciones sobre los hechos que dieron origen a la interposición de la tutela, si así lo considera, entre otros. No obstante, la Corte ha dejado claro que, en cualquier caso, la sentencia que declare el hecho superado debe acreditar su configuración.

Por lo anterior, considera esta falladora que no se encuentra probada la vulneración de los derechos fundamentales a la salud, vida digna, igualdad, mínimo vital y vida, por lo que no hay lugar al amparo solicitado y por ende se denegará, con respecto a esta entidad, configurándose un **HECHO SUPERADO**.

Ahora bien, en cuanto a la solicitud de la accionada de ordenar el recobro ante FOSYGA, con base en el equilibrio financiero y la sostenibilidad de los sistemas de salud, al respecto la Corte Constitucional en Sentencia T-224-2020, se ha pronunciado en los siguientes términos:

De la jurisprudencia reiterada de esta Corporación sobre la materia, se deriva que una EPS vulnera el derecho a la salud de una persona afiliada a ella cuando se abstiene de suministrar los pañales desechables que la persona requiere dado que tiene incontinencia y que su médico tratante ha ordenado. Si bien la Corte ha reconocido que los pañales desechables no curan afección o enfermedad alguna de los usuarios del Sistema de Salud, existen casos, tales como los de las personas con incontinencia o con movilidad reducida, en los que se tornan imprescindibles para garantizar un mínimo de dignidad en sus condiciones de existencia.

Por esta razón, la Corte ha aplicado las reglas resumidas anteriormente para el suministro de servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la UPC. En otras palabras, ha determinado que el juez de tutela debe ordenar el suministro de los pañales desechables si

encuentra acreditado que el usuario del Sistema de Salud que acude a la acción de tutela los requiere con necesidad. Por lo tanto, no en cualquier caso los pañales desechables deben ser suministrados a partir de recursos públicos asignados al Sistema de Salud: la aplicación de los criterios mencionados permite que solo con base en el estudio de las circunstancias específicas de la persona se determine si el Sistema debe cubrir estos insumos.¹

La Sala considera pertinente hacer una precisión adicional con respecto a los detalles de la reglamentación relativa a los servicios y tecnologías que se excluyen de financiación con recursos públicos. Durante el trámite de instancia, Nueva EPS, entidad a la que se encontraba afiliado el accionante cuando presentó la acción de tutela, sostuvo que los pañales desechables se encuentran excluidos de lo que denominó “Plan Obligatorio de Salud Subsidiado”. Este argumento lo basó, como se resumió anteriormente, en una interpretación según la cual los pañales desechables son meros insumos de aseo personal. En algún grado, esta interpretación se acerca a una que algunas salas de Revisión de la Corte Constitucional han construido recientemente: en los casos concretos que han estudiado, han establecido que los pañales se pueden entender como elementos de aseo y, por lo tanto, excluidos de financiación con recursos públicos.

Este último entendimiento no se basa en normas de vigilancia sanitaria ni en la clasificación del INVIMA (en las que basó su postura Nueva EPS en el presente caso), sino en la reglamentación sobre exclusiones que el Ministerio de Salud y Protección Social ha expedido. Las dos resoluciones mediante las que el Ministerio ha expedido y actualizado la lista de servicios y tecnologías excluidas de financiación con recursos públicos asignados a la salud han incorporado en dicha lista una categoría con el nombre de “toallas higiénicas, pañitos húmedos, papel higiénico e insumos de aseo”. Algunas salas de Revisión han entendido en providencias recientes, al interpretar estas normas a la luz de los casos bajo su conocimiento, que la categoría descrita abarca los pañales desechables, por lo que estos están excluidos de financiación con recursos públicos. Esta interpretación llevaría a concluir que, por regla general, en esos casos específicos, el Sistema de Salud no cubre los pañales desechables, a no ser que se configure una de las excepciones que la Corte y la legislación han establecido.

Ahora bien, incluso en los casos en los que la Corte ha interpretado que los pañales podrían ser meramente insumos de aseo, esta Corporación ha aclarado que tal interpretación es inconstitucional. La Sala Séptima de Revisión, en este orden de ideas, ha aplicado la excepción de inconstitucionalidad sobre el numeral específico mediante el que el Ministerio excluye las “toallas higiénicas, pañitos húmedos, papel higiénico e insumos de aseo”, cuando encuentra que las circunstancias específicas del caso ameritan que el Sistema de Salud suministre los pañales.

En este orden de ideas, conviene hacer una aclaración al respecto. Los pañales desechables no están expresamente excluidos de financiación con los recursos públicos asignados al Sistema de Salud: no se encuentran taxativa, literal y explícitamente en las listas de exclusiones. Cuando el Sistema de Salud los debe cubrir, se financian con los recursos públicos asignados a este, pero no con cargo a la UPC porque no están incluidos en el mecanismo de protección colectiva. En virtud de la jurisprudencia constitucional sobre la materia, que se resumió anteriormente, cuando se analiza el PBS, las exclusiones deben ser interpretadas de manera restrictiva, mientras que las inclusiones se deben interpretar de manera amplia. Interpretarlas a la inversa desconocería el principio pro homine, mencionado antes. En las específicas circunstancias en que un usuario del Sistema de Salud requiere el suministro de pañales desechables con necesidad, estos dejan de ser simples insumos de aseo personal. Su dignidad se ve comprometida si no tiene acceso a tales insumos y, por esa razón, la Corte ha entendido que su salud, entendida en sentido amplio como un estado total de bienestar físico mental y social dentro del nivel de salud que es posible en cada caso específico, corre peligro en tales circunstancias.

Descendiendo al presente caso, encuentra el despacho que la misma orden por parte de su médico tratante, ante su visita domiciliaria, en la cual de acuerdo a su estado de salud actual y las patologías que padece determina ordenar el suministro de pañales desechables, es una muestra de la necesidad imperiosa del accionante de contar con los insumos en pro de conservar una vida digna, lo que indica que en el sentido amplio que exige la Corte en sentencia precitada, analizar el caso, no es procedente ordenar el recobro solicitado por la entidad accionada, toda vez que los insumos requerido-pañales desechables- , no se encuentran excluido del PBS.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1.- **DENEGAR** la protección del derecho fundamental **A LA SALUD, VIDA DIGNA, IGUALDAD, MÍNIMO VITAL Y VIDA** de la señora ZOILA ROSA MÁRQUEZ CARDONA, en calidad de hija del señor JOSÉ RAFAEL MÁRQUEZ MARTÍNEZ, contra CLÍNICA DE LA POLICÍA – REGIONAL CARIBE, configurándose un **HECHO SUPERADO**.

2.- **NEGAR** el recobro ante el FOSYGA de los suministros ordenados al accionante, de conformidad con lo establecido en la parte motiva de este proveído.

3.- Por Secretaría líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 30 del Decreto Ley 2591 de 1991.

4.- Si el fallo no fuese impugnado remítase OPORTUNAMENTE el expediente a la HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión de conformidad con el Artículo 30 el Decreto 2591/91.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LA JUEZ

**ROZELLY EDITH PATERNOSTRO HERRERA
T.2021-00020**

Firmado Por:

**ROZELLY EDITH PATERNOSTRO HERRERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 011 LABORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

e5f8ba5080c5bf089b464ba670c074495dedb04177dc79f1a559126f40e70fda

Documento generado en 08/02/2021 04:24:48 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**